II.

Ueber die autonomische Verhaftung als Mittel der Verwirklichung eines obligationsmäßigen Anspruchs.

Von
Herrn Dr. T. Brackenhoeft,
Privatdocenten in Heidelberg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. XVI. im vorigen Bande.)

§. 12.

Es gilt ferner in Ansehung derjenigen Schulden, die in Folge des Abläugnens gegen eine auf ihre Leistung erhobene Klage auf das duplum steigen, der Grundsatz: daß wenn ihr Gegenstand geleistet worden, dessen Zurückforderung als Nichtschuld ausgeschlossen ist.[1]) Es versteht sich, daß dieser Ausschluß voraussetzt, daß der sie begründende Act selber gewiß ist.[2]) Ist aber dies der Fall, so kann von einer Nichtschuld nur die Rede seyn, wenn sie darauf gegründet wird, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und abgesehen von der Dazwischenkunft jenes Actes keine Schuld vorhanden gewesen sey.[3]) Dieser Ausschluß ist aber eine wesentliche Eigenschaft der auf einen erfolgten Richterspruch gegründeten Condemnationsobligation[4]); und jede Obligation, bei welcher er sich

1) L. 14. C. de condict. indeb. 4. 5. L. 2. C. de compens. 4. 31. mit § ult. J. de. oblig. quae quasi ex contractu 3. 28. L. 46. §. 7. C. de episc. et cler. 1. 3. Sell a. a. O. II. S. 19 ff.

2) Denn fehlte dieser, so wäre die gemachte Leistung überall keine Zahlung gewesen, also auch eine indebiti condictio überall nicht möglich, da diese ein solutum voraussetzt. L. 26. §. 3. L. 40. D. de condict. indeb. 12. 6.

3) So, wenn ein Condemnirter behauptet, ungerechter Weise condemnirt zu seyn.

4) L. 60. D. de condict. indeb. 12. 6.; meine Erörter. zu Linde

findet, nimmt daher die Eigenschaft einer solchen für sich in Anspruch. Sie theilt also die Unabhängigkeit der Wirksamkeit des Richterspruches von dem wirklichen Begründetseyn des durch ihn anerkannten Verhältnisses nach den allgemeinen Rechtsnormen. Es bestätigt sich dadurch, daß die Eingehung der lis, welche der Condemnation zum Grunde liegt, die Eigenschaft einer autonomischen Disposition hat [5]); und die unter jener Regel stehenden Obligationen müssen diese Eigenschaft mit ihr theilen. Die Autonomie kann aber nur durch Gestaltung eines genossenschaftlichen Stoffes wirksam seyn, und da dieser hier die römische pecunia ist [6]), welche dem Peregrinen fehlt,

---

S. 493. 494. Note 61. u. das. Cit. Fein, Archiv f. civ. Pr. XXVI. S. 169 ff.

5) Auf den Grund einer lis zwischen zwei Nichteigenthümern kann, selbst dann, wenn der beklagte Theil nur fictus possessor ist, eine zwischen ihnen bindende richterliche Anerkennung des Eigenthums des Klägers erfolgen. Die Kraft des Richterspruchs ist aber bedingt durch die Befähigung der Partheien, das streitige Verhältniß durch Uebereinkunft hervorzurufen, deren Inhalt, selbst wenn er von entscheidender Richtung ist, die Grundlage des Richterspruches seyn kann. (L. 26. D. de re jud. 42. 1.) Denn sonst kann es unter ihnen im prozessualischen Sinne nicht streitig seyn; sie sind nicht zur Sache legitimirt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen fehlt ihnen im aufgestellten Falle aber dazu der Stoff, und die Annhame einer eventuellen Disposition auf den Fall eines künftigen Erwerbes widerstreitet der Natur des Verhältnisses. Es bleibt also nur Autonomie als das bindende Moment übrig.

6) So lange pecunia und familia ihre Bedeutung bewahren, bestimmt sich das Zugehörigseyn eines Gegenstandes zur familia einer Person nach dem Verhältnisse zu ihrer pecunia, und muß daher durch eine Gestaltung der letztern bewirkt werden. Diese besteht aber nur in Reception in die pecunia. In dem Falle, wo keiner der streitenden Theile den streitigen Gegenstand in seiner familia hatte, konnte dieser von der Reception nicht ergriffen werden, sondern es konnte nur eine Reception des Siegers in die pecunia des Besiegten entstehen, welche die Condemnationsobligation bildete, die dann nicht auf ein bestimmtes dare oder facere, sondern auf ein judicatum facere ging. Der Sieger hatte dem Besiegten gegenüber durch die Condemnation einen Erwerbgrund für das streitig gewesene Recht erlangt (mein Auff. in Sell's Jahrb. a. a. O.

so ist der Peregrine derartiger Verhältnisse unfähig, wenn ihm nicht ausnahmsweise die römische Civität fingirt[7]), und seine pecunia als ein römisches Vermögen behandelt und dadurch des commercium juris civilis Romani[8]) theilhaft wird.

§. 13.

Das römische Recht kennt eine an sich auf bloßer Vereinbarung beruhende Autonomie, die an die Stelle der allgemeinen Rechtsnorm die besondere subjective Willensbestimmung der Vereinbarenden setzt, aber sich immer als eine Vorbereitung eines prozessualischen Verhältnisses darstellt, in der Zulässigkeit einer von der allgemeinen Rechtsnorm abweichenden Gestaltung des actionum modus bei der Einleitung eines Prozesses[1]), in der ipso jure eintretenden Wirksamkeit eines nach der in jus vocatio auf dem Wege in das jus geschlossenen pactum über Klagen, die auf eine Verletzung eines Statusrechts begründet sind, nemlich über die furti[2]) und injuriarum actio.[3]) Eine An-

---

§. 9. Note 9 ff.). Im judicio quod imperio continetur, dem die ideelle römische pecunia fremd blieb, und wo daher der Schutz des Prätors die res judicata trug (ebend. §. 3. Note 10 ff.), mußte auch die Condemnationsobligation gleich der lis den autonomischen Charakter verlieren, weil sie keine Rechtsstoffgestaltung mehr seyn konnte. Es trennte sich nun von der condemnatio die pronunciatio (Savigny System VI. S. 318 ff. L. 74. pr. D. de judic. 5. 1. L. 26. D. de re judic. 42. 1.) als das Product des judicium, welches der lis zum Grunde lag (Sell's Jahrb. a. a. O. §. 3—5), und jetzt auch dem Effecte nach von ihr sich sonderte. Das judicium gestaltet aber den verkehrsgenossenschaftlichen Stoff, worauf es sich bezieht, zu einem streitigen.

7) Gaj. J. IV. §. 37.

8) Unten §. 13. Note 8.

1) L. 27. D. de R. J. Meine Erörter. zu Linde S. 52. Note 6. S. 55. Note 18.

2) Die Verletzung des erworbenen Gutes ist nur Mittel zur Verübung des furtum, Gegenstand desselben aber die vermögensrechtliche Persönlichkeit und das Interesse, zu erwerben. Mein Auff. im Arch. f.

wendung davon findet sich noch im prätorischen Edicte über die Geltung einer subjectiven Norm gegen denjenigen, der sie in jure zur Anwendung gebracht hat, für den, gegen welchen die Anwendung geschehen.[4] Die Unterwerfung unter einen Schiedsrichter ist ebenfalls, sofern nicht besondere Beschränkungen eine Modification herbeiführen, eine autonomische Unterwerfung unter die Normen einer subjectiven Rechtsanschauung.[5] Eine gleiche Unterwerfung tritt ein bei Völkerverträgen, die eine Entscheidung von Streitigkeiten unter den paciscirenden Völkern durch Disceptatoren festsetzen[6], was sich z. B. von selber versteht bei der sponsio: pacem futuram esse.[7] Die sponsio erscheint ferner als dasjenige Geschäft, welches unter römischen Bürgern[8] mit der Wirkung bekleidet ist, sie dem richterlichen Executionszwange mit Verlust der auf den Mangel der Begründetheit eines Anspruchs durch die allgemeine Rechtsnorm gestützten Defension zu unterwerfen. Darauf deutet ihr Gebrauch zur Verbürgung, und deren Untergang mit dem Tode des sponsor[9] characterisirt diese als eine Unterwerfung unter den rein persönlichen Executionszwang, dem das objective Moment der Reception in die ideelle pecunia fehlt.

Crim. R. N. F. Jahrg. 1847. S. 72. 73, mit meiner Identität S. 86. Note 25.

3) L. 17. §. 1. D. de pactis 2. 14. L. 7. §. 14. D. eod. vergl. L. 7. pr. D. de cond. furt. 13. 1. L. 13. C. de furtis 6. 2. Schneider, die subsid. Klagen S. 137.

4) Tit. D. quod quisque juris etc. 2. 2.

5) Sofern sie nemlich eine verbindende Verwirklichung erhalten hat.

6) Liv. XXXVIII. f. XXXIX. 24- 26. Sell, die Recuperatio S. 137 ff.

7) Gaj. J. III. §. 9.

8) Unter ihnen ist sponsionis communio: Gaj. J. III. 179 sq., ebenso wie commercium juris civilis: Ulp. Fragm. XIX. 4.

9) Gaj. J. III. 120. Dasselbe gilt auch von einem peregrinen Fidepromissor, wenn nicht etwa nach dem Rechte seines Landes seine Erben dadurch verhaftet werden: ibid.

Für die volle Wirksamkeit der nexi datio findet sich denn auch kein Zeugniß. Allein auch da, wo der Verbürgung jener rein persönliche Charakter fehlt, constituirt sie den Bürgen nicht zum eigentlichen Debitor, sondern zum reus für einen andern.[10] Reus ist derjenige, welcher als Beklagter haftet.[11] Correi heißen diejenigen Verhafteten, welche in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß die Litiscontestation des einen den andern liberirt, und deren Verhaftung demnach den Character einer Defensionspflicht hat, die mit der Litiscontestation erfüllt ist.[12] Die Bezeichnung derselben als pecuniae rei, die sich noch im neuern Rechte findet[13], deutet auf eine Vermögenshaftung, die durch Reception in die pecunia begründet ist, wie sie auch durch Litiscontestation bewirkt wird. Noch im neuern Rechte schließt die Litiscontestation die Weiber von einer auf ihre Intercessionsprivilegien gestützten Defension aus[14], und die sponsio war ein häufiges Mittel, die lis zu begründen.[15] Die Sponsionsfrage ent-

---

10) L. 2. §. 1. D. ad Sct. Vellej. 10. 1.

11) Wenn in älterer Zeit auch der Kläger reus heißt (Festus, v. reus), so hat das seinen Grund darin, daß bei der legis actio beide Partheien actores und rei sind.

12) Als das ursprüngliche Verhältniß der correi erscheint dieses: jeder hat seine besondere Defensionsobligation, aber in Ansehung desselben nomen und desselben Zahlungswerthes. Nach neuerm Rechte, wo das nomen seine rechtliche Geltung im Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Verhafteten sich verloren und die Idee einer eignen Defensionsobligation sich verwischt hat, gestaltet sich dasselbe zu einer Mehrzahl von Schuldverhältnissen, deren Gegenstände in der Leistung identisch werden. Meine Identität S. 145. Note 18 a., und mein Auff. im Arch. f. c. Pr. XXIX. S. 380. Dagegen indeß die das. Cit.

13) L. 38. pr. L. 45. pr. D. de admin. et peric. tutor. 26. 7. — Pecunia wird hier gleichbedeutend gebraucht mit obligatio: L. 116. D. de V. O., ist also nicht der Zahlungsstoff, sondern der Zahlungswerth.

14) L. 32. §. 4. D. ad Sct. Vellej. 13. 1. Sell's Jahrb. a. a. O. §. 4. Es heißt auch vom Bürgen noch immer: suscipit alienam obligationem: L. §. 5. L. 13. pr. D. eod.

15) Das Eingehen einer sponsio einer Anschuldigung gegenüber ist

hält die Forderung: Sponsor für ein gewisses Verhältniß zu seyn[16]), gewöhnlich mit Hinzufügung der Summe, auf welche die Haftung geht.[17]) Seine Haftung soll also Surrogat einer Zahlung seyn. Allein er hat keine liberatio dafür empfangen, wie beim nexum, und es ist

ein defendere: Liv. XXIX. 43sq. Man unterschied vier Arten derselben, und theilte darnach selbst die Actionen ein: Gaj. J. IV. 1. und darüber: Heffter ad Gaj. c. IV. obs. XVII. Hasse d. j. im Rhein. Mus. VI. S. 204. 205. Ueber deren Gebrauch bei der Eigenthumsklage: Gaj. J. IV. 93. Cicero pro Quinct. 27. Petron. satyr. 70. Bei Interdicten: Cic. l. c. Gaj. J. IV. 165. Zur Begründung von Klagen über gemachte Anschuldigungen: Cic. in Verr. V. 54. Valer. Maxim. II. 8. Nr. 2. Gell. N. A. VII. 2. Cic. de off. III. 19. Gell. N. A. XIV. 3. Ueber deren Conception: Huschke de causa Siliana p. 10—14. Keller, semestr. I. p. 28—43.

16) So daß das Verfallen des Sponsor in eine Leistungspflicht entweder von der Wahrheit des der Sponsion zum Grunde gelegten Verhältnisses abhängt (vergl. Cic. in Verr. III. 57—59. in Pison. c. 23. Val. Max. II. 8. Nr. 2. VI. 1. Nr. 10. Keller l. c. p. 7.), oder von einem bedingenden Erfolge; und ist dieser die Nichterfüllung einer Leistung, so geht sie auf ein dari: Gaj. J. §. 92. 93. 100. 116, also nicht auf eine Leistung, die der Sponsor machen, sondern auf eine solche, für deren Erfüllung er haften soll. Vergl. L. 120. D. de V. O. Diese kann dann auch ein praestare seyn: Varro de re russ. II. 1—8. Zur Eingehung der erstern wegen erhobener Anschuldigungen und in Folge geschehener Aufforderung scheint, sey es nun für den Beschuldiger oder für den Beschuldigten, selbst eine gewisse Nothwendigkeit vorhanden gewesen zu seyn, sofern darüber zu streiten nicht als contra bonos mores betrachtet wurde: Cic. in Verr. III. 62. de off. III. 19. Val. Max. VII. 2. 4. Gell. N. A. XIV. 2. Liv. XL. 46. mit L. 61. L. 97. §. 2. D. de V. O., die nach Sigon. de jud. I. p. 466sq. wegen jedes geläugneten Anspruchs stattgefunden haben soll. — Nöthigungen des Prätors in Fällen, wo keine Klage gegeben ist, zur Eingehung einer Sponsion, findet sich bei den Interdicten ebenso, wie in derartigen Fällen zum defendere, z. B. gegen den Procurator, für den der Principal mit dessen Einwilligung eine cautio judicatum solvi bestellt hat, und gegen den der eine solche Bestellung für einen Abwesenden vorgenommen: L. 8. §. 3. L. 43. §. 6. L. 45. pr. D. de procur. 3. 3. L. 18. D. judic. solvi 46. 7.

17) Z. B. ni (si non) hoc ita est, qui spondet mille nummum: Gell. N. A. VII. 2.

daher kein Zahlungsstoff ihm creditirt, wie dem Rectirten. Die Reception in die pecunia ist nicht vollendet und ebensowenig die Litiscontestation. Sie sind nur durch theilweise Ausschließung der Defensionsbefugniß begonnen, es ist nur eine besonders qualificirte Defensionspflicht und eine besondere Unterwerfung unter den Klagezwang begründet. Die Partheien sind nur contrahirt in der Art, daß das Fordern des weitern defendere dem Berechtigten ein Zahlungssurrogat gewährt, ebenso wie die Nichtliberation des Verbindlichen eine Schuld desselben begründet.

Neben der Unterwerfung unter einen Klagezwang durch die Erklärung, Sponsor zu seyn, kennt das römische Recht eine ebenso willkürliche Unterwerfung unter den Executionszwang durch die Erklärung, praes zu seyn.[18]) Sie findet sich bei der Begründung von Bürgschaften für Verhältnisse, deren Verwirklichung in die Hände der Gewalt einer Magistratsperson gelegt ist, wie für Verbindlichkeiten gegen das Staatsvermögen[19]) und für die bei Einleitung eines Prozesses begründete Verbindlichkeit zur Restitution des Streitgegenstandes und der Früchte auf den Fall des Unterliegens des Inhabers.[20]) Hier erscheint der Executionszwang ohne Vermittelung einer ideellen pecunia begründet.[21])

---

18) Die auch die Güter, dann bona praedia genannt, des praes ergreift: Varro de ling. lat. A. 40., und andere Zeugnisse bei Bachofen, d. röm. Pfandr. S. 217 ff.

19) Wegen des sacramentum: Gaj. I. IV. 13; wegen der contractlichen Verpflichtung zur Ausführung öffentlicher Arbeiten: Lex parieti fac. puteol. bei Haubold, mon. leg. p. 71; zur Zahlung eines Kaufpreises: Lex Thoria agr. c. XX. XXI. XXXV. Bei Rudorff, das Ackergesetz d. Sp. Thorius S. 168. 180; des Publicanen: Schol. bobiensia in orat. Cic. pro Flacco, bei Orelli II. p. 244.

20) Die praedes litis et vindiciarum: Gaj. J. IV. 16.

21) Vergl. oben Note 18. und §. 8. Note 5.

§. 14.

Das durchherrschende Merkmal aller dieser Geschäfte besteht in einer Unabhängigkeit ihrer proceßualischen Wirksamkeit für die Erzwingung einer Leistung von einer richterlichen Anerkennung der Begründetheit einer deßfalsigen Schuld nach allgemeinen Rechtsnormen. Eine auf deren Mangel gegründete Ausübung der Defensionsbefugniß wird also jedenfalls durch sie beseitigt. Dasselbe Merkmal findet sich bei der transcriptio a persona in personam, die eben in nichts anderm besteht, als dem Anschreiben [1]) (expensum ferre) der Schuld einer Person auf den Namen des Verhafteten in Folge einer von dem letztern dazu ertheilten Verstattung. [2]) Der Peregrine ist zu diesem Geschäfte eben so unfähig, als zur sponsio [3])

---

1) Dieß muß dann in einer solchen Weise geschehen, daß es als Schuldverzeichnung gelten kann, und ein zu einer solchen Verzeichnung bestimmter Ort hat die Bedeutung eines Hausbuches. Daß aber bei den Römern neben dem expensum ferre auch immer ein ausdrückliches acceptum ferre (gegen den bisherigen Schuldner) erforderlich gewesen sey: Keller in Sell's krit. Zeitschr. I. Nr. III. S. 93—115. Savigny verm. Schriften I. S. 212ff. 220ff. 238ff. würde als rechtliches Erforderniß doch nur dann gedacht werden können, wenn auch der alte Schuldner im Hausbuche (mit dem Effecte der transcriptio, also auf seine Verstattung: unten Note 2) angeschrieben gestanden. Dann würde es sich indeß nicht bestreiten lassen, daß die transcriptio immer durch Novation bewirkt worden. Daß sie als Baarzahlung gegolten und doch keine Novation enthalten habe (Savigny a. a. O. S. 252), erscheint unvereinbar mit einander. Bei Gaj. J. III. 130 erscheint sie indeß als die Vollziehung einer Delegation, und nach der Ansicht von Gajus mag sie von einer Novation begleitet gewesen seyn, indem er auch der Sponsion eine novirende Wirkung zuschreibt. Vgl. unten §. 16. Note 3.

2) Savigny a. a. O. S. 222ff. S. 232. Cic. pro Rosc. Com. 1. .. „jussu hujus." Val. Max. 2. 2. .. „expensa ferri sibi passus." — Das Verstatten des Anschreibens war also das Schuldbekenntniß, nicht die Schrift, in der es dahingegen beim nomen arcarium (Gaj. J. IV. 131. Savigny a. a. O. S. 258. 259.) und der syngrapha oder dem chirographum (Gneist d. form. Vertr. S. 331. 416. 475—492. 503. 514. Savigny a. a. O. S. 245. 246.) enthalten ist.

3) Gaj. J. III. 93. 130.

und zur mancipatio [4]), folgeweise auch zum nexum und zur Litiscontestation für das judicium legitimum. [5]) Sie setzen also Theilhaberschaft ihrer Urheber an den commercium juris civilis und der volksautonomischen Rechtsstoffgestaltung der pecunia voraus. [6]) Aber man ersieht nicht, daß durch die sponsio und die transcriptio, eben so wie durch nexum eine durch Verwechselung vermittelte jede nicht durch nuncupatio offen gehaltene Defensionsbefugniß ausschließende Reception in die ideelle pecunia desjenigen, der sich der Verhaftung unterworfen, bewirkt worden. [7]) Eine Vorbereitung für eine solche Reception durch die Beseitigung des vorgenannten Theils der Defensionsbefugniß, wie sie auch durch eine confessio auf eine interrogatio in jure oder durch den Ungehorsam gegen dieselbe herbeigeführt wird [8]), läßt sich indeß in ihnen erkennen. Dadurch werden sie eine Stufe der Litiscontestation, in welcher Bedeutung die Sponsion sich auch bei der in rem actio und den Interdicten findet [9]); und es wird die Litiscontestation der Natur der Sache nach durch sie so weit abgeschlossen, als sie die Begründung der Haftung betrifft. Insofern aber die nuncupatio gegen den Anspruch aus dem nexum noch einer Defensionsbefugniß Raum läßt, wird auch seine Wirkung auf eine solche Vorbereitung zurückgeführt, mit der Ausnahme, daß es von der Folge der Litiscrescenz begleitet ist. [10]) Sonach erscheint bei der sponsio, jener transcriptio, und der inter-

---

4) Gaj. J. I. 119.

5) Oben §. 10. Note 13.

6) Oben §. 13. Note 8.

7) Denn, daß bei der Haftung aus der sponsio Litiscrescenz stattgefunden, läßt sich nicht nachweisen.

8) Tit. D. de interrog. in jure fac. 11. 1; meine Erörter. zu Linde S. 341. 342. Note 28—32.

9) Gaj. J. IV. 93. 141. 165.

10) So bei der Haftung für Eviction aus der mancipatio: oben §. 10. Note 3. §. 11. Note 1.

rogatio in jure die Form zwar als dasjenige Moment, welches der autonomischen Disposition die Bedeutung eines Aufgebens der fraglichen Defensionsbefugniß verleiht. Allein erst indem durch diesen Ausschluß den Berechtigten der Eintritt in die ideelle pecunia des gegenüberstehenden Theils durch die gegebene Möglichkeit der Klagenstellung eröffnet wird, empfängt sie eine Verwirklichung, die ihr die rechtsverbindende Kraft mittheilt. Bei dem Mangel der rechtlichen Verwirklichung jenes Eintrittes wird indeß der Berechtigte durch sie nur in die Ausübung der Befugniß zum Eintreten gesetzt. Ihr Effect bleibt auf der Stufe eines autonomisch gestalteten Schuldverhältnisses stehen und die in Folge derselben vorgenommene Litiscontestation ist eine Weiterentwickelung und nicht, wie beim nexum, eine Rescission ihrer Wirksamkeit. [11])

§. 15.

Die stipulatio und die transcriptio a re in personam begründen indeß nicht weniger Schuldverhältnisse, und erscheinen nicht weniger als autonomische Dispositionen, als die vorhin genannten Geschäfte. Aber dennoch ist der Peregrine fähig, sie verbindlich und mit klagebegründender Wirksamkeit vorzunehmen. [1]) Daraus folgt aber

---

11) Die Bezeichnung dieser Geschäfte als Selbstverurtheilungen (Delbrück Zeitschr. f. volksth. R. 1844. H. 2. S. 135.) paßt demnach nicht auf sie.

1) Gaj. J. III. 93. 129. Von der prätorischen Stipulation heißt es ausdrücklich: „instar actionis habet, et ut sit nova actio intercedit." L. 1. §. 2. D. de stipul. praetor. Die Meinung, daß die Stipulation aus dem Nexum entstanden sey, Savigny Syst. V. Bachofen a. a. O. S. 143. und das. Cit. Liebe d. Stipul. S. 4 ff., wird dahin beschränkt werden müssen, daß die Peregrinenstipulation bei ihrer Umwandlung in die Sponsion der Römer durch die Eröffnung des Eintritts in die ideelle pecunia ein gleiches Verwirklichungs-Moment erhalten habe, wie das Nexum (abweichende Ansichten auch bei Huschke a. a. O. S. 35. 104. 105). Auch die Acceptilation wird dem jus gentium zugeschrieben: L. 8.

nicht, daß sie auch die autonomische Wirksamkeit haben, die auf den Mangel der Begründenheit der Schuld nach den allgemeinen Rechtsnormen gegründete Defensionsbefugniß auszuschließen. Die transcriptio a re in personam setzt schon ihrer Benennung nach eine vorhandene Obligation des Schuldners zu einer Leistung voraus. Von der Stipulation wird es ausdrücklich gesagt, daß sie wegen der Leistung eines Dritten nicht gültig geschlossen werden könne, sondern eine eigne Leistung des Promittenten zum Gegenstande haben müsse[2]), woraus folgt, daß sie nicht von der Wortform und den durch sie ausgedrückten subjectiven Willen allein ihre verbindende Kraft erlangen kann, sondern daß sie außerdem noch von einem nach der allgemeinen Rechtsnorm obligirenden Momente begleitet werden muß. Eine Auffassung der Stipulation als obligirenden Act würde indeß kaum den Gedanken zugelassen haben, daß Jemand sie auf die Leistung eines Dritten richten würde. Nur mit der Auffassung derselben als Haftungsübernahme für eine Leistung ist eine Richtung derselben auf die Leistung eines Dritten, ohne das Versprechen einer eignen Leistung an ihrer Statt, vereinbar. Gebrauch der Stipulation mit der Fassung der Sponsion mußte also möglich erscheinen. Zwar ist es

---

§. 4. D. de accept. 46. 4; ist aber dennoch eine civile Tilgungsart: L. 107. D. de solutt. 46. 3; und im römischen Rechtsverkehr ein actus legitimus: L. 77. D. de R. J.; eine imaginaria solutio: Gaj. J. III. 169—171; L. 1. D. do accept. 46. 4. Daß übrigens auch der Stipulation die Idee einer Reception in einen Vermögensstoff zum Grunde liegt, darauf deutet die Ableitung von stips, sofern diese das Erz als Repräsentanten des Getraides (Huschke Verf. d. Serv. Tullius S. 132 ff. u. R. d. Nexum S. 16—18. 98 ff.), der stipulae, bezeichnet. Da indeß dieser Stoff dem römischen Bürgervermögen, dessen Urstoff als Vieh, pecunia, erscheint, nicht entsprechend war, so erklärt es sich, wenn diese Idee nicht zur Rechtsidee erhoben wurde.

2) L. 5. §. 1. L. 83. pr. L. 97. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 65. D. de fidejuss. 46. 1.

als Regel zu betrachten[3]), daß beim Gebrauche der Stipulationsworte (dabis? facies?[4]) der Gegenstand des Geschäfts ein dare[5]) oder facere[6]), also eine künftige Handlung des Promittenten ist; während der Gebrauch der Sponsionsworte (dari spondes? fieri spondes?)[7]) auf eine Verhaftung deutet für ein dari[8]), oder fieri[9]), z. B. ein agere oder habere sibi licere[10]) oder ein non fieri[11]), also dafür, daß ein gewisser Erfolg, gleichviel durch wessen Urheberschaft[12]), eintrete oder nicht vereitelt werde. — Allein es gibt ebenfalls Stipulationen auf dari[13]) und auf fieri[14]), z. B. agere, habere sibi licere[15]), auf non fieri[16]). Nicht weniger gibt es Sponsionen auf ein dare[17]), und ebenfalls auf ein facere[18]). — Ja, während die

---

3) L. 2. pr. L. 5. §. 1. D. de V. O. 45. 1.

4) Gaj. J. III. 92. 116. L. 1. §. 2. 3. L. 129. L. 135. D. de V. O.

5) L. 1. §. 2. 3. L. 129. L. 135. D. cit.

6) L. 27. pr. L. 38. §. 24 D. eod.; auf ein non facere des Promittenten: L. 49. §. 1. 2. L. 50. pr. D. eod.

7) Gaj. l. c.

8) Gaj. l. c. L. 49. pr. D. eod.

9) Gaj. l. c.

10) L. 38. pr. D. eod.

11) Eine Sponsion auf das habere licere: L. 38. pr. D. L. 83. pr. D. eod. geht auch auf ein non fieri.

12) L. 11. §. 18. D. de act. emti 19. 1. Vgl. oben §. 11 Note 1.

13) L. 2. §. 1. L. 21. L. 25. L. 27. §. 1. L. 33. L. 45. §. 2. L. 48. L. 55. L. 56. §. 2. L. 72. §. 1. L. 73. pr. L. 75. §. 10. L. 83. pr. §. 5. L. 85. §. 2. 6. L. 97. pr. §. 2. L. 99. §. 1. L. 105. L. 121. §. 2. L. 126. §. 3. L. 131. §. 1. L. 137. §. 2. L. 138. L. 140. D. eod.

14) L. 52. §. 1. L. 67. pr. L. 72. pr. §. 2. L. 75. §. 7. L. 82. pr. L. 137. §. 7. D. eod.

15) L. 2. §. 5. 6. L. 3. pr. L. 38. L. 83. pr. D. eod.

16) L. 4. §. 1. L. 137. §. 7. D. eod.

17) L. 8. L. 9. L. 10. L. 12. L. 20. L. 28. §. 13. 23. L. 47. L. 56. pr. §. 1. 4. L. 57. L. 61. L. 64. L. 108. L. 118. §. 2. L. 120. L. 126. pr. L. 141. §. 4. 6. 7. D. de V. O.

18) L. 46. §. 1. L. 98. §. 1. L. 124. L. 137. §. 3. D. eod.

Stipulation: decem millia salva fore und decem dari sibi curari als gültig betrachtet wird[19]), wird nicht allein der Stipulation[20]), sondern auch der Sponsion auf ein habere licere die Wirksamkeit in Ansehung des Zuwiderhandelns Dritter abgesprochen, wiewohl allerdings nur auf den Grund positiver Rechtsbildung (hoc jure utimur[21]). — Es wird aber nicht bloß in dieser Weise die Sponsion der Stipulation in Ansehung der Haftung für die Leistungen Dritter gleichgestellt, sondern es wird auch ausgesprochen, daß unter spondere das stipulari mitbegriffen sey.[22]).

§. 16.

Es leidet indeß keinen Zweifel, daß die Sponsion als eine Stufe der Litiscontestation, auch den Stoff einer fremden Verbindlichkeit oder Schuld in sich aufnehmen konnte. Das zeigt auch ihr Gebrauch zum Zwecke der Verbürgung.[1]) Sofern sie in jure zu jenem Zwecke gebraucht wird, wird sie auch noch zu der Zeit des Gajus unter dem Namen der Sponsion von der Stipulation einer poena auf den Fall des Unterliegens unterschieden.[2]) Sofern sie indeß extra jus geschlossen wurde, konnte sie, in Ermangelung des imperium des Magistrats, nur als Theil der Litiscontestation des judicum legitimum wirksam seyn, und diese Wirksamkeit mußte durch eine, wenn auch nur begonnene, Reception in die ideelle pecunia vermittelt werden und mit einer privativen Novation des etwa

---

19) L. 67. §. 1. 2. D. eod.

20) L. 83. pr. D. eod.

21) L. 38. §. 1. D. eod. Vgl. oben Note 12.

22) L. 7. D. de V. S. vgl. Gaj. J. III. 179. L. 38. pr. L. 88. pr. mit L. 46. §. 1. L. 98. §. 1. L. 124. L. 137. §. 3. D. eod. Im Tit. J. de V. O. 3. 16. scheint jeder Unterschied verschwunden.

1) Oben §. 13. Note 9—11.

2) Gaj. J. IV. 165. Oben §. 13. Note 15.

zum Grunde liegenden obligatorischen Verhältnisses verbunden seyn. Sobald also die Idee der ideellen pecunia in den Hintergrund trat, mußte auch jene Bedeutung der Sponsion sich verwischen und die bisherige Verschiedenheit zwischen Sponsion und Stipulation konnte sich nur noch in Controversen äußern. Gajus, indem er Stipulation und Sponsion identificirt, läßt durch das Versprechen die Schuld eines Andern zu zahlen, diesen in Folge einer Novation befreit werden, während er bemerkt, daß die Proculejaner anderer Meinung seyen.[3]) — Die besondere Sponsionswirkung mußte nun gleich der interrogatoria actio[4]) untergehen, so daß als das Besondere der Sponsion nur noch die Wortfassung übrig blieb.[5]) Die Sponsionsfrage: willst Du verhaftet seyn? fordert nur ein Gelöbniß; die Stipulationsfrage: wirst Du leisten? fordert eine Leistung. Das Gelöbniß konnte in Ermangelung jener Wirkungen nur als pactum gelten, und die Sponsion scheint die Fortdauer ihrer klagebegründenden Wirkung nur ihrer Auffassung als Stipulation zu

---

3) Gaj. J. III. 176. 178. Die stillschweigende Novation des älteren römischen Rechts stellt sich als die Folge der Begründung einer neuen Defensionsnothwendigkeit dar (vgl. Gaj. J. III. §. 176. 177.) sofern sie in der That eine Umgestaltung der frühern Defensionsnothwendigkeit bewirkt (Gaj. J. III. 177. 178. L. 8. C. de novatt. 8. 42, mit L. 21. D. de V. O.). Sie setzt dann Gültigkeit des novirenden Geschäfts voraus: Gaj. l. c. L. 126. §. 2. D. de V. O.; tritt aber dann auch ein, wenn dasselbe der vollständigen Schuldbegründung nachfolgt (abweichend, v. d. Pfordten, Abh. aus d. P. R. S. 217.). Vgl. m. Ident. S. 120. Note 8. Z. 5 ff. Bleibt sich alles gleich, so bedarf es zur Novation einer specialis nevatio (L. 58. D. de V. O.) oder specialis stipulatio im Gegensatze einer s. g. vulgaris, unter welcher letztern indeß eine bloße Theilstipulation, Liebe a. a. O. S. 240, nicht verstanden werden kann. Schmidt in Richter's krit. Jahrb. 1841. S. 977 ff. Daraus erklärt es sich auch, daß man der Sponsions-Bürgschaft keine novirende Wirkung zuschrieb, indem sie nur für eine verborum oblig. geschlossen werden konnte. Gaj. J. III. 178.

4) L. 1. D. de interrog. in j. f.

5) Gaj J III 93

verdanken. Sie konnte nun gleich der Stipulation, zwar selbständig eine Klage begründen, sie konnte aber nicht mehr als eine Stufe der Litiscontestation erscheinen, weil zu einer Litiscontestation für ein judicium legitimum die Reception in die pecunia, für eine Litiscontestation zu einem judicium quod imperio continetur das imperium des Magistrats fehlte. Für die künftige Litiscontestation und die Geltendmachung aller Defensionsbefugnisse war also noch res integra vorhanden. Nur solche Defensionsbefugnisse, die der Natur einer durch die allgemeine Rechtsnorm zum Rechtsinstitute gestalteten, und dadurch dem Gebiete der Autonomie entfremdeten Uebernahme einer Defensionspflicht, wie der Bürgschaft, widerstritten, blieben auch ferner ausgeschlossen. Allein in diesem Falle war der Ausschluß nicht mehr Folge der Autonomie, sondern der Beschaffenheit des Rechtinstituts. Ein derartiges Geschäft gestaltet sich nämlich dann zu einem Rechtsinstitut, wenn nicht bloß die Anerkennung der bindenden Kraft eines grundlosen Sonderwillens durch die allgemeine Rechtsnorm, vermittelst des Abschneidens einer Defensionsbefugniß ihm Wirksamkeit verleiht, sondern sie einem Beweggrunde dazu die Eigenschaft eines Rechtsgrundes beilegt.[6]) — Dasselbe Schicksal, welches die

---

6) Während die durch sponsio oder fidepromissio vorgenommene Intercession auch für ein unwirksames Verbalgeschäft wirksam geleistet werden kann, erfordert die fidejussio wenigstens eine naturalis obligatio des Hauptschuldners. Gaj. J. III §. 119. Daraus folgt, daß die letztere bedingt ist durch die Erreichbarkeit des Zweckes einen Schuldner künftig zu liberiren, und die Erreichung dieses Zweckes als der Beweggrund der Uebernahme der Rechtsgrund ihrer verbindenden Kraft ist; eben so wie bei anderen obligatorischen Geschäften der Zweck eine Gegenleistung zu machen oder eine Liberalität zu üben. Dadurch ist ihre Gültigkeit von einer allgemeinen Rechtsnorm abhängig geworden. Es gilt dieß übrigens nicht von Verbürgungen im Prozesse, wie dieß die cautio de rato insbesondere zeigt. Daß die Bürgschaft eine Nothwendigkeit zum Zahlen begründet, raubt ihr den Charakter der Uebernahme einer Defensionspflicht nicht. Denn zum gehörigen defendere gehört auch die

sponsio traf, mußte aus gleichen Gründen auch die transcriptio a persona in personam treffen, da sie der Entwickelung zu einer Verbürgung nicht theilhaft geworden ist.

§. 17.

Ganz dasselbe Resultat, was früher durch das nexum, abgesehen von der Folge der Litiscrescenz, und die sponsio, schon außerhalb des Verfahrens in jure durch voluntaires Litigiren oder Litemcontestiren erreicht werden konnte, hätte indeß auch jetzt noch durch das Verfahren in jure auf den Grund einer sponsio, stipulatio oder transcriptio wider den Willen des Beklagten erlangt werden können, wenn der prätorische Schutz gegen Iniquität ihm nicht zur Seite gestanden hätte. Denn immer begründeten jene Geschäfte noch ein selbständiges Condemnationsfundament. Auch insofern als man sie als eine Fortentwickelung eines Obligationsverhältnisses betrachtete, mußte die Idee einer dieses letztere aufhebenden Novation den Kläger von dem Beweise befreien, daß dem Geschäfte in der That eine Obligation zum Grunde gelegen. Und der Einwand, daß es an einer solchen Obligation gefehlt, mußte ausgeschlossen seyn, sobald man die Litiscontestation in Ansehung der Begründung der Klage als abgeschlossen betrachtete und den Beklagten als bereits durch das Geschäft zum reus constituirt behandelte. Es war hier in der That der zur Zahlung erforderliche Wille bereits ausgesprochen und entgegengenommen. Es fehlte nur die Verwirklichung durch einen Stoff, so daß es sich hier nur noch um die thatsächliche Durchführung einer rechtlich begonnenen Zahlung handelte, deren Verweigerung nur durch Um-

---

Zahlung des Gegenstandes der Verurtheilung. L. 63. D. de jud. 5. 1; so wie denn auch die drei Clauseln der cautio de judicato solvendo ergeben, daß sie die Uebernahme einer Defensionspflicht begründet.

stände, welche eine Rückforderung [1]) zu begründen geeignet seyn würden, gerechtfertigt werden konnte. Diese Auffassung entspricht den Worten der Stipulation, die den Willen zu leisten aussprechen [2]) und war als eine Nachwirkung der ursprünglichen Natur des Sponsionengeschäfts durchaus natürlich. — Nur dadurch, daß der Prätor eine solche extra jus geschehene Litiscontestation und jenen Abschluß nicht anerkannte, konnte jenem Einwande in der Gestalt der exceptio der Weg geöffnet werden. [3]) Die Wirksamkeit des Exceptionsgrundes fand aber selbst im Civilrechte dergestalt Eingang, daß er eine condictio indebiti zu begründen vermagte [4]), wenn nicht ein Fall der Litiscrescenz vorlag. — Und eine stipulatio, gegen welche der Promittent sich durch eine exceptio schützen kann, wird als eine quasi nulla bezeichnet. [5]) Dennoch aber wird eine neue Stipulation über ihren Gegenstand als verbindend anerkannt [6]), was sich nur daraus erklärt, daß ein neues Condemnationsfundament unter Verzicht auf die exceptio gegeben wird; ein Verzicht der auch gegeben ist, wenn mit dem Bewußtseyn der Zuständigkeit der exceptio die Zahlung reell geleistet worden. [7])

§. 18.

Nach dem Untergange der rechtlichen Bedeutung der ideellen pecunia war in der That kein Grund mehr vorhanden auf die alte Wortform zu bestehen. Jedes pactum

---

1) Und gegen die actio eine doli exceptio; m. Ident. S. 120. 121. Note 8.

2) Der Promittent beantwortet mit dabo, faciam, die Leistungsforderung des fragenden Stipulators.

3) Mein Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. S. 173ff. §. 5.

4) Ebendas. S. 175. §. 5. Note 10.

5) L. 25. D. de V. O. 45. 1. L. 26. D. eod.

6) Ibid.

7) L. 26. §. 3. L. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 53. D. de R. J.

konnte der Natur der Sache nach dieselbe Wirkung haben, sobald es der Forderung einer Leistung gegenüber die Absicht aussprach, leisten oder zahlen zu wollen (si constituerit se soluturum [1]), und damit auch die Absicht, daß die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Promittenten von dessen Begründetheit nach allgemeinen Rechtsnormen unabhängig seyn solle. So erklärt es sich, daß der Prätor dem constitutum Klagbarkeit beilegte und es dadurch zu einem Condemnationsfundamente erhob. Die Grundlage des constitutum ist indeß, gleich der aller prätorischen Klagen [2]), rein faktischer Natur; was sich darin äußert, daß wenn der Gläubiger durch Begründung einer mora accipiendi von dieser Verwirklichungsstufe, offenbar nur thatsächlich, zurückweicht, das constitutum seine Kraft verliert. [3]) Es ist dieß der Verlust eines einen prozessualischen Vortheil gewährenden thatsächlichen Zustandes, der dem Verluste des Besitzes einer Schuldurkunde analog ist. Es hat ferner auch das schriftlich ausgestellte Schuldbekenntniß, sofern es die Angabe des Grundes der Schuld enthält, mit dem constitutum gleichen Effect. [4]) In ihm tritt, neben der Idee des Leistungsversprechens [5]), auch die der Anerkennung der Schuld [6]),

1) L. 4. L. 5. pr. L. 8. D. de const. pec. 13. 5.

2) M. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. S. 156. §. 2. S. 163. §. 3.

3) L. 16. §. 2. 3. L. 17. D. de const. pec. 13. 5. Vgl. Glück Erläut. d. Pand. XIX. S. 414 ff. Daß man die verneinte Frage aufwarf, ob die Klage aus dem constitutum pönal sey? L. 18. §. 2. D. eod., hat seinen Grund zwar in der Natur dieser Klage, aber in einer ihr ausschließlich eignen (Thon Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VIII. S. 39. 43. Note) Natur wird man ihn nicht zu suchen haben, sondern darin, daß man sie als auf bloßer Defensionspflicht beruhend ansah, und ihr dieß mit den reinen Pönalklagen gemein ist; oben §. 11. Note 12.

4) L. 25. §. 4. D. de probatt. 22. 3.

5) .. „sese .. promisisse: L. 25. §. 4. D. cit. meine Identit. S. 120. Note 8. Z. 28 ff. fehlt es daran, so entsteht keine neue Verhaftung. L. 47. §. 1. D. de past. 2. 14. L. 20. D. de inst. act. 14. 3. L. 61. pr. D. de O. et A. 44. 7.

6) .. „stare debet suae confessioni.“ L. 25. §. 4. D. cit.

als das Moment hervor, welches das Erforderniß der Begründung der Klage nach allgemeinen Rechtsnormen beseitigt. Es enthält eine präconstituirte confessio in jure [7]), die nur deßhalb der Wirkungen einer vollständigen confessio in jure entbehrt, weil außer ihr, beziehungsweise nach ihr, noch aufhebende Umstände vorhanden gewesen oder entstanden seyn können; und sie, weil sie nicht in jure geschehen ist, der Rechtskraft entbehrt. Dadurch wird die Bedeutung des Schuldbekenntnisses zurückgeführt auf die eines Mittels, eine Klage, gleichviel ob sie nach allgemeinen Rechtsnormen begründet ist oder nicht, gegen den Aussteller zu begründen. Es ist aber überall kein Mittel die Begründetheit einer Klage nach allgemeinen Rechtsnormen zu erweisen [8]), da sein Inhalt auf die zu einer solchen Begründetheit erforderliche Substanz sich überall nicht zu erstrecken braucht. Der gegen sie gerichtete Beweis des Mangels einer durch die allgemeine Rechtsnorm begründeten causa ist keine Beweisvernichtung, sondern hat sein besonderes Thema, wie es auch bei einem Beweise der sogenannten exceptio non numeratae pecunia der Fall ist, sofern man ihn im Widerspruche mit den Quellen zuläßt. Das Schuldbekenntniß hat dieselbe Wirksamkeit, welche dem alten Literalgeschäfte nach dem Untergange der rechtlichen Bedeutung der ideellen pecunia noch beiwohnen könnte; und es steht ihm an Wirksamkeit gleich, sofern der durch dasselbe begründeten Klage nur der Einwand des Nichtempfanges der nach allgemeiner Rechtsnorm

7) Daß Justinian in dem Schuldbekenntnisse ein präconstituirtes Condemnationsverhältniß, oder doch ein gleiches Moment, sah, zeigt sich darin, daß er auf den Fall des fälschlichen Abläugnens seiner Aechtheit oder des darin bekannten Empfanges der schuldbegründenden Leistung nach dem Vorbilde der lex Aquilia die poena dupli vorschrieb. Nov. 18. c. 8. 9; eine Vorschrift die ihrer Fassung nach auf das Abläugnen der eignen Handschrift bei jeder Beweisurkunde bezogen werden kann.

8) Als bloßes Beweismittel sieht man es indeß jetzt gewöhnlich an, so namentlich ein Sachs. Mein. Ges. v. 4. Juni 1844. — S. indeß m. Identität S. 119—122. Not. 8.

erforderlichen Leistung entgegengesetzt werden könnte, und derselbe durch Zeitablauf ausgeschlossen ist. [9]) Eine confessio des Schuldigseyns der versprochenen Leistung liegt indeß immer auch in einer Stipulations-Promission selbst dann, wenn diese Leistung durch das Versprechen selber nicht als eine solche qualifizirt ist, die sich auf eine anderweitige Verbindlichkeit gründet [10]), sondern seinem Inhalte nach auf einer Liberalität beruht. [11]) Und der in einer mündlichen Stipulation enthaltenen confessio steht die schriftliche Anerkennung des Geschlossenseyns einer Stipulation nicht weniger gleich [12]), als ein schriftlich ausgestelltes constitutum dem mündlichen. [13]) Eine Stipulation steht demnach dann dem eine causa ausdrückenden schriftlichen Schulbekenntnisse, in Ansehung der Bedeutung ihres Inhalts, gleich, wenn sich in ihr die Anerkennung einer bereits unabhängig von derselben begründeten Verpflichtung zu einer andern Leistung, oder der Wille einer liberalen Zuwendung, als ihrer causa ausspricht. Allein es bedarf bei der Stipulation des anerkennenden oder konfitirenden Ausdruckes nicht, um sie an Wirksamkeit jenem schriftlichen Schuldbekenntnisse gleich zu

---

9) Die Stellung unter den J. de literar. oblig. ist daher keineswegs verwerflich. Gegen bloße Empfangsbescheinigungen, also Beweismittel, jener Einwand gar nicht zuläßig; meine Identit. S. 120. Note 8. Z. 25 ff.

10) So bei der Stipulation! dolis nomine centum dari. L. 21. D. de V. O. 45. 1.

11) So das Versprechen eine dos zu bestellen. L. 25. C. ad Sctum Vellej. 4. 29. Vgl. L. 20. §. 1. D. de donat. 39. 5.

12) Sobald nur die Anwesenheit der Parteien bei der Ausstellung der Schrift erwiesen ist, indem dann auch die vorangegangenen Stipulationsfrage als erwiesen angenommen wird: §. 17. J. de inutil. stip. 8. 38. mit L. 25. C. ad Sct. Vellej. 4. 29; oder deren Anwesenheit in der Schrift anerkannt und nicht erwiesen wird, daß am ganzen Tage der Ausstellung eine von ihnen sich nicht in der „civitas" befunden, wo diese geschehen: §. 12. J. de inutil. stipul. 3. 20. L. 14. C. de contr. stip. 8. 38: mein Ident. S. 121. Note 8.

13) L. 31. D. de const. pec. 13. 5.

stellen. Das gemeinsame Merkmal der Stipulation, des Constitutum und des die causa debendi benennenden schriftlichen Schuldbekenntnisses bleibt immer: Verhaftung für die Verwirklichung des ausgesprochenen Willens zu leisten, als eines Mittels diese Verwirklichung zu erzwingen, die indeß vermöge der dagegen gestatteten Defension auf die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses zurückgeführt ist, eine Modifikation die der durch Verurtheilung oder confessio in jure begründeten, gleichfalls autonomischen, Verhaftung vermöge der Rechtskraft fehlt. — Sie bilden nur formelle Condemnationsfundamente, indem sie nur vermöge ihrer prozessualischen Wirksamkeit bis zu deren Vernichtung durch materielle Momente die Verurtheilung begründen.

§. 19.

Eine Art des voluntairen executionsbegründenden Litigirens findet sich im alten germanischen Rechte in der Begründung einer Verhaftung durch gerichtliches Gelöbniß.[1]) Das Versprechen, welches das germanische Recht mit diesem Namen bezeichnet, kann deßhalb als ein bloßes pactum nicht betrachtet werden, weil ihm auch ohne objektive Verwirklichung[2])

---

1) Sächs. Ldr. I. 7. III. 88. §. 2.

2) Vrgl. oben §. 2a. E. §. 9. Vor derselben ist nämlich nach allgemeinen Rechtsbegriffen ein Widerruf nicht ausgeschlossen, indem es eine naturalis obligatio erst mit seiner thatsächlichen Verwirklichung hervorruft („nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem“ L. 7. 7. §. 4. D. de pactis 2. 14.). Daß aber auch eine naturalis obligatio immer erst durch eine solche Verwirklichung entstehe, oder, was gleich viel sagt, bis zur Erfüllung nicht juridisch, sondern nur thatsächlich eine obligatio sey (Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio S. 35 ff.), folgt daraus noch nicht. Der Ansicht, daß aus dem pactum eine obligatio erst mit jener Verwirklichung entstehe, würde auch nicht entgegenstehen, daß dann die obligatio mit der solutio, die sie tilgen sollte, erst entstehen würde; weil die naturalis obligatio, richtig aufgefaßt, nichts weiter ist, als eine causa für einen Erwerb; sofern man von derjenigen absieht, die durch Vernichtung der Klage, zufolge einer ihr entgegenstehenden Exception, entsteht. Allein die Vorschrift des Edicts:

eine bindende Kraft beigelegt wird [3]), und die Benennung darauf hindeutet, daß es den Ausdruck des Gebundenseyns enthalte. [4]) Die Abwehr durch eidliches Läugnen, welche in Ermangelung einer gerichtlichen Ablegung dem Beklagten [5]) gegen das Gelübde gestattet ist [6]), ändert bei der Natur des germanischen Forderungsprozesses darin nichts. Er ist seinem Wesen nach ein eine Abwehr gestattendes Executionsverfahren, so daß das Unterlassen der Abwehr, der Ungehorsam, gleiche Folge hat, wie das Mißlingen [7]); sie aber

---

pacta sunt servanda: L. 1. pr. D. eod. ändert dieß. Denn darnach muß der Pacisenat auch, wenn er ohne den Willen des andern in den Besitz des Versprochenen gekommen ist, zur Retention befugt seyn.

3) Sächs. Ldr. I. 7. III. 41. §. 3.

4) Es ist ein votum, und nicht ein bloßes placitum; und wahrscheinlich hat man vor der Bekanntschaft mit dem römischen Rechte auf eine Annahme gar nicht einmal gesehen, oder sich die Sache so gedacht, daß der Empfänger des Gelöbnisses vor demselben eine auffordernde Veranlassung zu demselben gegeben, das Gelöbniß, nicht die Leistung (oben §. 17. Note 2.), gefordert habe. Die Zusage bindet. Würtemb. Ldr. II. Tit. 23. §. 1. Freib. St. v. 1520. Fol. 39. In der Idee des Ausspruches eines Gebundenseyns stimmt das Gelöbniß mit der Stipulation überein. Die Klagbarkeit des Gelöbnisses aus dem kanonischen Rechte herzuleiten, sey es nun aus seinen Aussprüchen: c. 1. X. de pactis 1. 35. c. 13. X. de judic. 2. 1; oder seinem Geiste (Phillip's Grundf. d. deutsch. Priv. R. I. §. 70. Note 9), erscheint wenigstens unnöthig. — Allein die Gleichstellung von Gelöbniß und pactum hat hier Verwirrung herbeigeführt.

5) Dem Angegriffenen (Planck Zeitschr. f. deutsch. R. X. S. 230 bis 232), der bei Forderungen auch immer derjenige ist, gegen den geklagt wird.

6) Sächs. Ldr. I. 7. 13. 18. II. 17. §. 2. II. 19. §. 2. II. 72. §. 2. III. 32. Richtst. Ldr. 40a. S. Planck a. a. O. S. 219 ff. Sächs. Ldr. I. 6. §. 3.

7) Ungehorsamsverfahren ist Execution, nur in Ansehung der Gestaltung der Abwehr mag Verschiedenheit stattgefunden haben. Sächs. Ldr. I. 70. §. 2. I. 41. I. 70. §. 1. II. 24. §. 1. 2. III. 5. §. 1. Salfeld. Stat. 42. 89. (Walch verm. Beitr. Bd. 1.) Werden. R. 50. (Pufendorf obss. I. app. p. 95.) Brem. Ord. 33. (ibid. p. II. 83.)

durch gerichtliche Errichtung ausgeschlossen wird.[8]) Bald erlangte die urkundliche Anerkennung indeß gleiche Kraft[9]), und nach manchen Gesetzen ermächtigte sie zu einer eigenmächtigen Anticipation der Execution durch Pfändung[10]), wiewohl zuweilen nur dann, wenn zugleich in der Urkunde auf jene Abwehr durch die Executivclausel verzichtet worden.[11]) Bei dem Mangel von rechtlichen Normen über die Gestaltung obligatorischer Verhältnisse konnte die bindende Kraft des Gelöbnisses von einer rechtlich qualifizirten, außerhalb desselben liegenden causa nicht abhängig seyn. — War auch beim außergerichtlichen Gelöbnisse ein dessen Wirksamkeit bedingendes Urtheil über das Daseyn einer solchen Nothwendigkeit durch die Zulässigkeit der eidlichen Vertheidigung in die Hand des Gelobenden gelegt; so begründete es doch dann, wenn sie ausgeschlossen war, eine ebenso selbständige Haftung, wie das römische Nexum, und konnte, bei dem Mangel anderweitiger rechtlicher Grundsätze über das Wesen obligatorischer Verhältnisse, nicht, wie diese, einer seine

---

Stad. St. VI. 5. (ibid. I. p. 201). — Schwäb. Ldr. 102. Vgl. Göscher Goslar. Stat. S. 403 ff.

8) Sächs. Ldr. III. 83. §. 2.

9) Außer den Zeugnissen der leg. Barbar., s. Schwäb. Ldr. 159. Gosl. St. bei Göschen S. 73. Z. 1. l. Verm. Ssp. III. 11. 1. 3. 7. Kulm. R. III. 74.

10) Der jedoch eine Aufforderung zur Zahlung vorhergehen und eine Einlieferung des genommenen Pfandes an das nächste Gericht nachfolgen mußte. Wenzesl. Landfr. zu Eger v. 1389. §. 24. v. 1398. §. 6. R. A. zu Frankf. v. 1442. Wegen liquider Forderungen überhaupt war Privatpfändung gestattet nach Lex Langob. Roth. c. 249. 250. Luitpr. c. 40. 15. L. Burg. tit. 19. §. 5. 6; jedoch untersagt in der Capitul. de partib. Saxon. a. 785. c. 25, und in verschiedenen späteren Landfrieden des deutschen Reichs, z. B. Friderici II. Imp. const. pacis a. 1235. Vgl. Wilda: Pfändungsrecht S. 32 f. 34 f. Nach einigen Rechten konnte indeß der Gerichtsvorstand ohne Schöffen darüber sprechen. Mittermaier Beitr. IV. S. 16. 17.

11) Nach Landfr. v. 1301 u. 1332; m. Erört. zu Linde S. 16. Note 22.

Wirksamkeit vereitelnden exceptio ausgesetzt seyn.[12]) Unter den Gesichtspunkt der Anerkennung gestellt, ist es durch diese Unabhängigkeit von einer causa der römischen confessio in jure gleich[13]), und diese Unabhängigkeit müßte denn auch die Anerkennung einer causa für das außergerichtliche urkundliche Schuldbekenntniß überflüssig machen.[14]) Mit dem Untergange der Befugniß des eidlichen Abläugnens[15]) würde jeder mündlichen Zusage dieselbe Selbständigkeit zu Theil geworden seyn[16]), wenn damit nicht zugleich anderweitige Nor-

---

12) Das Berufen auf Liberation ist nicht Stoff der exceptio im römischen Sinne, deren Bedeutung hier festzuhalten ist.

13) Vor dem 14. Jahrh. forderte man indeß, Zasius l. c. ausgenommen, zu einer von dem Richter abgelegten confessio extrajudicialis ebenfalls keine causa. Briegleb über executor. Urk. I. S. 95 ff. Schmid a. a. O. S. 899. 900. Auch hielten einige italienische Juristen zu einer solchen confessio vor Zeugen, wiewohl einige dann die Zahl von fünf Zeugen forderten, die Angabe der causa nicht erforderlich: Roffred. Epiphanii de libello et ord. jud. p. IV. rubr. de act. in fact. v. utili, quae oritur ex confessione.

14) Ueber die Gültigkeit einer solchen cautio indisereta: Cropp Abhdl. I. S. 355. Einert Wechselr. S. 536 ff. Treitschke krit. Jahrb. 1840. S. 731 ff., wo ihr der Gesichtspunkt eines Literalcontracts zum Grunde gelegt wird; und insbesondere in Beziehung auf den Executivprozeß: Anh. z. Erläut. d. Sächs. P. O. §. 5. 6. Carpzov: def. for. P. 1. const. 17. def. 39. Claproth summar. Proz. §. 161. a. E. §. 169. a. Anf. Dagegen sind indeß viele andere: Glück Erläut. d. Pand. XXII. S. 57. 58.

15) Der Reinigungseid wurde verworfen in der päpstl. Reprobation verschiedener Artikel des Sachsensp.

16) Wenn Gesetze zum Gelöbnisse ein bedächtliches Versprechen oder eine bedächtliche Zusage (Würtemb. Ldr. II. Tit. 23. §. 1. Freiberg. Stat. Fol. 39; s. oben Note 4.) verlangen, so soll darunter wohl nur ein in verbindender Absicht gegebenes Versprechen verstanden seyn. Aehnlich definirt Blackstone comm. II. ch. 30. n. 9. den Contract als: an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing.; und findet den Gegenstand der consideration entweder in einer Freigebigkeit, oder in einer Gegenleistung, den Grund der verbindenden Kraft aber in einer wenigstens moralischen Nothwendigkeit:

men über die Gestaltung obligatorischer Verhältnisse zur Geltung gelangt wären. Man forderte auch zu ihrer Gültigkeit den Ausdruck einer causa.[17] Wo man sie dahingegen als pactum betrachtete, mußte dieses Erforderniß hinwegfallen, ohne daß damit auch der Ausschluß einer Vereitelung der Wirksamkeit der Zusage wegen des Mangels einer causa ausgeschlossen war.[18] Das bloße Gelöbniß als solches konnte neben der Geltung solcher Normen demnach, gleich der römischen Stipulation, keine andere Bedeutung bewahren, als die eines formellen Condemnationsfundaments.

§. 20.

Die Gestaltung des germanischen Civilprozesses als Executionsverfahren qualifizirte indeß das Gelöbniß vielmehr zu einem Executionsfundamente, nemlich zu einem Fundamente für den Zugriff auf das Gut des Gelobenden. Dadurch war die Identität des Gegenstandes der Schuldenhaftung und des Gegenstandes des Executionszwanges gegeben.[1] — Und ist auch jedes Condemnationsfundament mittelbar ein Executionsfundament, so setzt doch der Gebrauch des erstern keine vorgängige Mahnung der Leistung voraus, wohl aber der des letztern.[2] Ein vor einer Verurtheilung bereits con-

---

„even if the thing be founded on a prior moral obligation, it is no longer nudum pactum." —

17) So bei einer promissio sowohl, als bei einer auf eine vom Richter gestellte interrogatio erfolgte confessio extrajudicialis: Gl. ad L. 2. §. 2. D. de dolo L. 1. D. de interrog: Jac. Buttrigarius ad L. un. C. de confessis. U. Zaesius: lect. in l. qua quisque act. de edendo, in opp. Lugd. 4550. I. p. 545.

18) Ließ man die Exceptionen des römischen Rechts zu und hatten die römischen Erfordernisse der Schenkung Geltung erlangt, so war die Wirksamkeit des Gelöbnisses ebenso beschränkt, als die der Stipulation.

1) Vgl. oben §. 9. Note 9. Vermittelung dieser Identität durch Annahme eines Unterpfandes an den Gütern des Schuldners, findet sich im Code civil. art. 2092. 2093. So auch bei der römischen Prädiatur: oben §. 13. Note 18.

2) Auch sofern sie durch Eigenmacht vorgenommen wird: oben §. 19. Note 10. So wird auch beim Nexum eine Aufforderung zum nexum se

stituirtes Executionsfundament ist demnach nicht eine durch eine Klage geltend zu machende Forderung, sondern ein Recht eigenmächtig zu fordern und Execution zu verlangen.[3]) Und wenn letzteres eine Vermittelung durch richterliche Hülfe voraussetzt, so ist das Anrufen derselben eine bloßer Executionsantrag[4]), wenn nicht etwa zuvor eine Verwandlung in eine Forderung eingetreten ist.[5]) Die Befugniß, die Execution zu verlangen, ist aber eine Befugniß das Gut eines Schuldners ohne dessen Willen zum Gegenstande der Befriedigung zu machen[6]), setzt also in gleicher Weise, wie bei dem Nexum eine Haftung der ideellen pecunia für die Schuld bestand[7]), eine Haftung des Gutes für die Schuld voraus.[8]) Daß im germanischen Rechte dasjenige Gut, welches sich in der Gewere des Schuldners befindet, so lange, als es nicht in eine andere Gewere übergegangen ist, den Gegenstand der Schuldenhaftung bildet, zeigt sich darin, daß der Erbe nur bis zum Betrage des beweglichen Gutes zur Schuldenzahlung genöhigt ist, welches der Erblasser nicht bei seinem Leben in die Gewere eines andern gebracht hat, und welches der Erbe daher nur unter Liberation desselben

---

dare, nexum inire, vorgekommen seyn: oben §. 10. Note 1. Es erinnert dieß an das Einmahnen ins Einlager.

3) Das defendere ist hier nicht, wie nach römischen Grundsätzen, eine Pflicht, sondern reine Befugniß.

4) So im Executivprozesse der italienischen Praxis: Briegleb a. a. O. I. S. 35. 87. —

5) So durch Nichtbefolgung der Aufforderung zu leisten. Von diesem Standpunkte aus das Schuldverhältniß betrachtet, würde die Ansicht einiger, daß die Anstellung einer (römisch-rechtlichen) Klage eine Mahnung an den Schuldner voraussetze, richtig seyn, sofern nicht die Anstellung der Klage und deren Mittheilung an den Schuldner als Mahnung gelten kann. Vgl. meine Erörter. zu Linde S. 911—413. Note 38. 39. 42—46.

6) Vgl. oben §. 2.

7) Vgl. oben §. 7—9.

8) Oben Note 1.

von der Haftung in seine Gewere bringen konnte.[9]) Sobald man aber das Angehen des Richters als eine auf Condemnation gerichtete Klage betrachtete, fehlte ein Gegenstand der Schuldenhaftung.

§. 21.

Bei dem Wechsel, dem auf Kündigung stehenden Kapital, und wenigstens zuweilen bei dem Anspruche auf Revenüen [1]), wird indeß die Existenz einer Schuld von einem vorgängigen Fordern des Gläubigers oder einem Anbieten des Schuldners abhängig gemacht. Dasjenige Moment, welches diesem Fordern die Kraft verleiht, eine Schuld hervorzurufen, ist, ebenso wie die vorgedachten Verhaftungsarten des römischen Rechts, ein Mittel zur Verwirklichung der Leistung, welche Gegenstand des künftigen Schuldverhältnisses ist. Und damit es zu seinem Zwecke unabhängig von der Willkühr des künftigen Schuldners geeignet sey, muß es ein vor jenem Fordern bereits existentes Recht des künftigen Gläubigers bilden. Es muß ein erworbenes Recht auf den Erwerb eines Rechts seyn; und wenn ihm auch die Verwirklichung in einem bestimmten Stoffe mangelt, so muß doch wenigstens eine Befugniß zu einer einseitigerwerbenden Thätigkeit einer bestimmten Person gegenüber durch dasselbe gegeben seyn, in welchem Falle der Werth dieser Thätigkeit, den sie um ihrer Folgen willen hat, als der ideelle Gegenstand dieser Befugniß erscheint.[2]) So wie die Verbindlich-

---

9) S. Weiske's Rechtslex. Art. Intestaterbfolge (teutsche) V. S. 706. Note 31.

1) Schwäb. Ldr. 84. .. „wie er den Zins sol vordern." Vgl. Sächs. Ldr. I. 54. §. 2. Heidenfelder und Helfanter Weisth. bei Kraut Grundr. S. 261. Wo der Zinsmann, oder genauer der Colone, dem Herrn den Zins unaufgefordert bringen muß, da erklärt sich dieß bald aus der Beimischung eines wirthschaftsverwalterlichen oder dienstartigen Verhältnisses, bald daraus, daß die Leistung nicht aus eigentlicher Reallast entspringt.

2) Das nomen: oben §. 8. Note 3. §. 10. Note 10.

keit für den Fall, daß der Verbindliche sich nicht liberirt[3]), ein Schuldverhältniß begründet, so muß hier ein Recht bestehen, welches eine gleiche Wirkung äußert, wenn der Berechtigte fordert. Als obligatorisches Forderungsrecht kann ein Recht von jener Wirksamkeit nicht bestehen. Als unbedingtes aufgefaßt wäre es eine Obligation, und ohne verletzende Handlung sich ohne seinen Willen obligiren zu lassen, ein Verhältniß, welches mit sich selber im Widerspruche stehen würde. Einseitige Ausübung eines obligatorischen Forderungsrechts ist nur durch eine Klage möglich; und eine Klage auf Duldung der Auflegung einer Obligation kann es nicht geben. Erfüllung einer Bedingung kann das Fordern aber deßhalb nicht seyn, weil es nichts weiter ist, als die Aeußerung des Willens eine Leistung zu empfangen, die der Natur der Sache nach zum Erwerbe jedes obligatorischen Forderungsrechts gehört, und durch ihr Aufgeschobenseyn bis zu einer dem Berechtigten gefälligen Zeit die Natur einer Bedingung nicht erlangen kann.[4]) Es entspricht einem solchen Rechte[5]) keine andere Pflicht, als diejenige, welche einem dinglichen Rechte gegenüber demjenigen obliegt, der sich in dem Besitze des demselben unterworfenen Gegenstandes befindet; die Pflicht zum Restituiren, die sich aber hier, wo es an einem bestimmten Gegenstande fehlt, sich zu der Pflicht gestaltet, dem Berechtigten irgend einen Gegenstand zu einseitiger Ausübung seines Rechts durch Gestattung seiner Ein-

---

3) Oben §. 5. Note 2—5.

4) Gegen die Bedingtheit des Forderungsrechts durch das Fordern des Berechtigten, die Thon a. a. O. S. 1 ff. seiner Ausführung über die Verjährung der Rückforderungsklage zum Grunde legt, welche einige (Kind quanst. for. III. c. 35. Unterholzner Verjährung II. §. 260.) schon mit dem Zeitpunkte der Hingabe zum Darlehen beginnen lassen: Savigny Syst. V. S. 295.

5) Das jus exigendi, welches ein Privilegium im Concurse gewährt, und außer dem Fiscus und ihm gleichgestellten Personen solchen zusteht, deren Ansprüche aus Anvertrauung von Vermögensstoffen entstanden sind, erscheint aus gleicher Auffassung entsprungen.

wirkung auf denselben zu exhibiren.[6]) Eine solche Pflicht setzt indeß nothwendig voraus, daß eine schuldbegründende Thatsache existent geworden, aber ihre schuldbegründende Wirkung durch eine Uebereinkunft bis dahin aufgeschoben ist, daß es dem Berechtigten gefallen werde, zu irgend einem willkührlichen Zwecke diese Wirkung hervorzurufen, oder daß sein Recht zu fordern in eine dingliche Berechtigung an einem bestimmten Gegenstande hinübergegangen, der entweder erst durch die Uebereinkunft geschaffen, oder bereits vor derselben existent gewesen ist. Die Parteien müssen contrahirt, nemlich noch in einem Entwickelungsprozeß begriffen seyn.[7])

§. 22.

Der letztere Fall, der bei der eine eigentliche Grundherrlichkeit voraussetzenden Reallast eintritt, wird zweckmäßiger an einem andern Orte erörtert werden[1]). In Ansehung der übrigen Fälle erscheint es von selber klar, daß ohne den Ausspruch des Willens des Berechtigten eine Leistung zu empfangen, ein schuldbegründendes Factum nur dadurch in's Daseyn treten kann, daß dem Verhafteten ein Vermögenstoff gegen die Unterwerfung unter die Haftung zu Theil geworden, und dieser Stoff ihm weder auf den Grund einer Liberalität, noch zur Erfüllung einer Gegenleistung gegeben ist[2]). Es tritt dies ein, wenn die Zu-

---

6) So der Zinspflichtige, wenn der Grundherr durch Fordern des Zinses (oben §. 20. Note 10) sein dingliches Recht ausübt. Wo einem solchen exhibere, dessen Gegenstand erst durch eine Wahl des Verhafteten zu bestimmen ist, nicht ein eigenmächtiges Exigiren mit rechtlicher Wirkung gegenübersteht, da geht es indeß in ein, ein Schuldverhältniß begründendes, facere hinüber, sobald ein Zwang von Seiten des Berechtigten geübt werden kann. Ueber restituere und exhibere: L. 22. L. 35. D. de V. S. Marezoll Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. X. S. 261—263; m. Identität S. 81. Note 14. S. 101. Note 56a. mit S. 74. 75. Note 1.

7) Oben §. 4. Note 3. §. 9. Note 4. §. 13. nach Note 17.

1) Es hängt dieß mit autonomischen Gestaltungen der Verhältnisse des Grundbesitzes zusammen.

2) Oben §. 1. §. 9. nach Note 5. Dieser Fall liegt auch regelmäßig da vor, wo das römische Recht ein jus exigendi kennt.

wendung eines Stoffes bloß eine Verbindlichkeit begründet, wie die erste Leistung bei einem Innominatcontracte [3]), oder wenn die dagegen übernommene Haftung als Heimzahlung des Empfangenen wirkt, entweder indem die in Folge derselben vorgenommene Leistung das Verhältniß wiederum rückwärts vernichtet, oder indem nur die Realisirung der Heimzahlung, nicht diese selber, bis zu einem künftigen Fordern des Berechtigten hinausgeschoben ist. Jene Wiederauflösung wird beim römischen Darlehn dadurch vermittelt, daß der dargeliehene und der zurückgezahlte Stoff als identisch betrachtet worden [4]), und sie hat die Folge, daß Verzinsung der Natur des Geschäfts widerstreitet [5]). Da letzteres beim deutschen Darlehn nicht der Fall ist [6]), so kann bei ihm auch

3) Die Wirkung dieser Leistung ist die, daß der Empfänger die Befugniß erlangt, sich durch die von ihm übernommene Prästation zu liberiren, und dadurch die erste Leistung in eine Gegenleistung zu verwandeln, und daß der Geber im Falle der Nichtliberation (oben §. 5. Note 2—5.) durch die Wahl der actio praescriptis verbis statt der condictio dieselbe Folge herbeiführen kann. Aehnlich fassen die Sache auf: Hasse d. j. Rh. Mus. VI. S. 46—52. Bachofen de jud. civ. etc. et de condictione p. 300 sq.

4) L. 2. §. 1. 3. D. de R. C. 18. 1. Die alte Streitfrage, ob das mutuum eine alienatio mit sich führe, erledigt sich dadurch, daß rechtlich beide dasselbe gleichzeitig gegenseitig alieniren, sich Gleiches mit Gleichem vergelten (wie bei nexi datio: oben §. 9. Note 2.) und daher dem Effecte nach keiner alienirt, obgleich jeder etwas vom Andern erwirkt. Ueber die Etymologie: Burchardi Röm. R. II. §. 253. Note 1; über die Eigenschaft des mutuum als Gebrauchsverstattung: a Messala: diatriba de mutuo non esse allienationem (Lugd. Bat. 1640) p. 23 sq.

5) Noodt de foen. et usur. III. c. 1. Emminghaus ad Coccеii XII. t. 1. q. 1. 17. Thibaut Syst. §. 546; wenn auch mit verschiedener Auffassung.

6) Da der Zins hier, wenn nicht ein dies der Rückzahlung präfigirt ist, vom eignen Vermögensstoffe bezogen wird, so ist er Rente (poenus: oben §. 10. Note 1). — Daher gehört auch hierher: Reichs. P. O. v. 1530 T. 26. §. 8; v. 1548 Tit. 17. §. 8; v. 1577 T. 17. §. 9. In andern Fällen, und wenn durch Verzug Verwandlung in Schuld eingetreten ist, so ist er eigentlicher Zins. Davon: R. A. v. 1600 §. 139. J. R. A. v. 1654 §. 174.

jene Wiederauflösung nicht eintreten [7]. Ist der Uebereinkunft ein bestimmter Termin der Rückzahlung hinzugefügt, so ist damit auf diesen die Leistung selber gefordert; die Verpflichtung zu derselben begründet eine betagte Schuld für den als Darlehn gegebenen Betrag, dessen Hingabe dadurch in eine Gegenleistung übergeht. Fehlt es an jeder Bestimmung über die Rückzahlung, so ist in der That nur zur Begründung einer Verbindlichkeit gegeben, es liegt nur ein depositum irregulare vor [8], und die der begründeten Berechtigung gegenüberstehende Verbindlichkeit bleibt von selber auf der Stufe des restituere beziehungsweise des exhibere stehen, bis eine Verletzung der Berechtigung sie in eine Schuld verwandelt, was dann eintritt, wenn der Verbindliche auf das Fordern des Berechtigten seine Liberationsbefugniß nicht zur Abwendung der Schuld ausübt [9]. So lange diese Verwandlung nicht eingetreten ist, erscheint der gegebene Stoff nur als creditirt, und der Werth desselben als der dem Berechtigten zuständige Gegenstand seiner Berechtigung, ohne daß es einer autonomischen Vermittelung bedarf. Die Hinzufügung einer Kündigungsfrist raubt aber ohne eine solche

---

7) Dann würden mit der Rückzahlung alle früheren Zinsposten indebita werden.

8) Werden indeß Zinsen gezahlt, so fällt das jus exigendi (oben Note 2), welches wegen der bei einem Argentar deponirten Gelder gegeben wird, hinweg, indem darin ein Verzicht auf die Vortheile des depositum gefunden wird: L. 7. §. 2. D. depos. 16. 1. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. 42. 5. Die letztere schließt mit den Worten: „aliud est enim credere, aliud deponere.“ Das „credere“ hier auf einen Uebergang in ein mutuum zu beziehen, könnte dadurch gerechtfertigt erscheinen, daß credere in einem engern Sinne genommen sey, da es im weitern Sinne: L. 1. L. 2. D. de R. C.; auch das deponere umfassen muß. Die Zinsannahme würde auch nicht an sich, sondern nur in Folge einer darin liegenden Gebrauchsverstattung eine solche Verwandlung, und zwar in ein quasi mutuum. L. 9. §. 9. D. de R. C., bewirken können. Daß man den strengen Begriff des mutuum nicht immer festhielt, nachdem die ideelle pecunia in den Hintergrund getreten, scheint natürliche Folge.

9) Oben §. 5. Note 4.

Vermittelung dem Berechtigten die freie Disposition über den Werth, und damit dessen Zuständigkeit, ohne daß bei dem Mangel eines Forderns eine Schuld durch Vereinbarung der Rückzahlung begründet wird. Der hingegebene Stoff wäre ohne sie als Gegenleistung gegeben, und damit die condictio verloren und die Begründung einer Schuld durch die res gehindert. Es würde also jedes rechtliche Moment fehlen, welches dem Fordern des Darleihers die Wirkung beilegen könnte, den Empfänger zu obligiren. In diesem Falle gibt es keinen andern Weg dem Geschäfte seine Wirksamkeit zu vindiciren, als den, die durch das Rückzahlungsgelöbniß des Empfängers übernommene Haftung als rechtliches Surrogat der Zahlung des dargeliehenen Stoffes zu constituiren, und ihn dadurch in einen creditirten Zahlungsstoff zu verwandeln. Der Darleiher wechselt dadurch nominellen Werth gegen Werthstoff ein, eben so wie der Wechselgeber umgekehrt einen solchen Auswechsel vornimmt. Nach deutscher Auffassung characterisirt sich das Verhältniß einfach als eine Leihe am Werthe, vermittelt durch eine Verbürgung [10]) der Rücklieferung des Stoffes. Insofern das deutsche Gelöbniß ein Executionsfundament constituirt, welches die Güter des Verhafteten dem Executionszwange unterwirft, ist hier jenes Zahlungssurrogat nicht weniger objectiv verwirklicht, als es bei einem solchen Creditiren vermittelst des nexum der Fall war.

§. 23.

Da indeß im heutigen Prozesse die Geltendmachung eines Executionsfundaments, welches nicht in einer richterlichen Verurtheilung besteht, nur durch die Liquidestellung eines Klagegrundes mittelst Urkunden gestattet ist [1]), und wenn

---

10) Deutsche Verbürgung ist, ebensowenig als die römische cautio de rato (oben §. 1), von dem Daseyn der Obligation eines andern abhängig. Beispiele: Kraut Vormundschaft II. S. 13 ff. Schwäb. Ldr. 258. Culm. R. V. 34. Münch. St. R. 197. Sächs. Ldr. III. 85. mit Sächs. Weichb. (v. Thüngen) 37. 126. 127.

1) Nemlich nur im Executiv=, Wechsel=, und unbedingtem Mandatsprozesse, oder wo dessen Voraussetzungen gegeben sind.

particularrechtlich auch zuweilen die Liquidestellung des Gelöbnisses dazu genügt [2]), dennoch immer dieselbe nur mittelst eines urkundlichen Ausspruches geschehen kann; so ist die prozessualische Wirksamkeit der durch das Gelöbniß vermittelten autonomischen Zahlung und des dadurch begründeten autonomischen Werthеigenthums auf den Fall des urkundlichen Gelöbnisses beschränkt. — Ihre prozessualische Wirkung ist ferner, sofern sie nicht auf die eines bloß formellen Condemnationsfundaments beschränkt sein [3]) oder ganz fehlen soll, dadurch bedingt, daß hier, wo die gemeinrechtlich zur Gültigkeit der Urkunde in derselben anzuerkennende causa debendi im Empfange einer res besteht, die s. g. exceptio non numeralae pecuniae, oder die Bestreitung des wirklichlichen Creditirens durch Hingabe des Werthstoffes an den Verhafteten, in der Art ausgeschlossen ist, daß sie selbst für den Fall nicht stattfindet, daß der Verhaftete sie sofort zur urkundlichen Liquidität erheben sollte [4]). In diesem Falle ist aber allerdings, eben so wie beim nexum, ein materielles autonomisches Condemnationsfundament gegeben [5]). Sofern das 2jährige Alter des eine causa debendi enthaltenden Schuldbekenntnisses diese Wirkung nicht erzeugt [6]), tritt sie wenigstens dann ein, wenn die durch das Gelöbniß urkundlich constituirte Haftung für die Leistung des creditirten Stoffes der autonomischen Zahlung allen gegenüber übernommen ist, die das übertragene Recht aus dieser Haftung als Zahlung angenommen haben. Daß dieser Fall beim Wechsel und bei eigentlichen Creditpapieren eintritt, jener unter den Wechselverbundenen einen sondergenossenschaflichen autonomischen Geldstoff bildet und diese im Verhältnisse zwi-

---

2) Oben §. 19. Note 14.

3) Oben §. 18. Note 4 ff.

4) Oben §. 18. Note 9.

5) Ebendas.

6) Sondern nur die eines formellen Condemnationsfundaments in dem man Beweis der exceptio n. n. p. noch zuläßt.

schen dem Inhaber und dem Verhafteten gleiche rechtliche Bedeutung haben, wird passender an einem andern Orte auseinanderzusetzen seyn. Autonomisch geschaffenes Surrogat für creditirten Zahlungsstoff oder constituirter Zahlungswille, oder urkundliche Anerkennung oder endlich prozessualische Entwickelung, ist die Eigenschaft der autonomischen Mittel zur Verwirklichung obligationsmäßiger Ansprüche. Die Wirksamkeit drr ersteren hängt davon ab, in wiefern die prozessualische Norm dieselben als Stufen prozessualischer Entwickelung anerkennt. Nur insofern leidet diese Abhängigkeit eine Ausnahme, als die Autonomie das rechtliche Daseyn eines Verhältnisses ermittelt, wie bei dem auf Kündigung unter hinzugefügter Kündigungsfrist stehenden Capital; welches sich indeß zu einem gewohnheitsrechtlichen Institute gestaltet hat.

III.

Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.

Von

Herrn **Ruhstrat,**

Regierungsassessor in Oldenburg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IX. im 2. Heft des vorigen Bandes.)

§. 17.

V. Wenn der negotiorum gestio nicht als Organ der voluntas domini handelt, so begründet er nicht die von Anfang an wirksame obligatio ex negotiorum gestione. Doch kann diese obligatio hier durch den Erfolg der gestio entstehen.

Wir haben gesehen, daß der Gestor, sobald er wirklich als Vertreter der voluntas domini handelt, also der von ihm bei der Geschäftsführung vorausgesetzte Wille des Dominus auch wirklich vorhanden ist, ähnlich wie ein Mandatar, wie von Anfang an gegenseitig wirksame Obligation erzeugt, aus welcher der Geschäftsherr mit der actio directa,